Deutscher Bundestag **Drucksache 14/7229**
14. Wahlperiode 24. 10. 2001

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz – ZKDSG)

A. Problem und Ziel

Mit dem ZKDSG soll die Richtlinie 1998/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 20. November 1998 (ABl. L 320 vom 28. November 1998 S. 54) umgesetzt werden.

B. Lösung

Die Richtlinie hat das Ziel, die gewerbsmäßige Verbreitung von „Vorrichtungen“ zu verhindern (einschließlich Werbung und Wartung), mit denen sich der Zugangsschutz von Fernseh- und Radiosendungen sowie von Diensten der Informationsgesellschaft unbefugt überwinden lässt. Die in Deutschland bisher bestehenden Vorschriften decken die zu regelnde Materie nicht eindeutig ab. Daher besteht Klarstellungsbedarf nach der Richtlinie im Bereich des Zivil- und Strafrechts.

C. Alternativen

Keine

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Es sind durch die Gesetzesänderungen keine Kosteneffekte für die öffentlichen Haushalte zu erwarten.

E. Sonstige Kosten

Es sind keine sonstigen Kosten zu erwarten.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DER BUNDESKANZLER

Berlin, den 24. Oktober 2001

022 (421) – 262 00 – Zu 101

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages

11011 Berlin

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

> Entwurf eines Gesetzes über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz – ZKDSG)

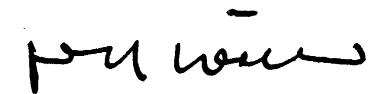
mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

Der Bundesrat hat in seiner 767. Sitzung am 27. September 2001 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.



Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz – ZKDSG)[1]

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Gesetz zum Schutz von Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz – ZKDSG)

Abschnitt 1
Allgemeine Vorschriften

§ 1
Zweck des Gesetzes

Zweck des Gesetzes ist es, Zugangskontrolldienste gegen unerlaubte Eingriffe zu schützen.

§ 2
Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet der Ausdruck

1. „zugangskontrollierte Dienste“
   a) Rundfunkdarbietungen im Sinne von § 2 des Rundfunkstaatsvertrages,
   b) Teledienste im Sinne von § 2 des Teledienstegesetzes,
   c) Mediendienste im Sinne von § 2 des Mediendienste-Staatsvertrages,

   die unter der Voraussetzung eines Entgelts erbracht werden und nur unter Verwendung eines Zugangskontrolldienstes genutzt werden können,
2. „Zugangskontrolldienste“ technische Verfahren oder Vorrichtungen, die die erlaubte Nutzung eines zugangskontrollierten Dienstes ermöglichen,
3. „Umgehungsvorrichtungen“ technische Verfahren oder Vorrichtungen, die dazu bestimmt oder entsprechend angepasst sind, die unerlaubte Nutzung eines zugangskontrollierten Dienstes zu ermöglichen,
4. „Absatzförderung“ jede Form der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt.

Abschnitt 2
Schutz der Zugangskontrolldienste

§ 3
Verbot von gewerbsmäßigen Eingriffen zur Umgehung von Zugangskontrolldiensten

Verboten sind

1. die Herstellung, die Einfuhr und die Verbreitung von Umgehungsvorrichtungen zu gewerbsmäßigen Zwecken,
2. der Besitz, die technische Einrichtung, die Wartung und der Austausch von Umgehungsvorrichtungen zu gewerbsmäßigen Zwecken,
3. die Absatzförderung von Umgehungsvorrichtungen.

§ 4
Herausgabe des erlangten Gewinns

Anbieter von Zugangskontrolldiensten haben gegen Personen, die gegen § 3 verstoßen, Anspruch auf Herausgabe des erlangten Gewinns.

Abschnitt 3
Straf- und Bußgeldvorschriften

§ 5
Strafvorschriften

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 3 Nr. 1 eine Umgehungsvorrichtung herstellt, einführt oder verbreitet.

§ 6
Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 3 Nr. 2 eine Umgehungsvorrichtung besitzt, technisch einrichtet, wartet oder austauscht.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Deutsche Mark geahndet werden.

§ 7
Einziehung

Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach § 5 bezieht, können eingezogen werden.

Artikel 2

Umstellung von Vorschriften auf Euro

In § 6 Abs. 2 ZKDSG werden die Wörter „hunderttausend Deutsche Mark“ durch die Wörter „fünfzigtausend Euro“ ersetzt.

Artikel 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich des Satzes 2 am Tage nach der Verkündung in Kraft. Artikel 2 tritt am 1. Januar 2002 in Kraft.

[1] Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung der Richtlinie 1998/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 20. November 1998 (ABl. L 320 vom 28. November 1998 S. 54).

Begründung

A. Allgemeines

Mit dem ZKDSG wird die Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 20. November 1998 (ABl. L 320 vom 28. November 1998 S. 54) umgesetzt.

I. Ziel und wesentlicher Inhalt der Richtlinie 98/84/EG

Die Richtlinie 1998/84/EG des europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten – im Folgenden RL – hat das Ziel, die gewerbsmäßige Verbreitung von „Vorrichtungen" zu verhindern (einschließlich Wartung und Werbung), mit denen sich der Zugangsschutz von Fernseh- und Radiosendungen sowie von Diensten der Informationsgesellschaft unbefugt überwinden lässt. Die Mitgliedstaaten sollen wirksame, abschreckende und der potentiellen Wirkung der Zuwiderhandlung angemessene Mittel gegen gewerbsmäßige Umgehungshandlungen oder gewerbsmäßige vorbereitende Handlungen zu Umgehungshandlungen vorsehen.

II. Umsetzungsbedarf im nationalen Recht

1. Rechtslage in Deutschland

Die in Deutschland bisher bestehenden Vorschriften decken die zu regelnde Materie nicht eindeutig ab. Daher besteht Klarstellungsbedarf nach der Richtlinie im Bereich des Zivil- und Strafrechts. Damit wird zivilrechtlich sichergestellt, dass ein Anbieter von Zugangskontrolldiensten in jedem Fall einen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinnes hat. Zugleich wird die abschreckende Wirkung des strafrechtlichen Rahmens erhöht. Bei gewerbsmäßigen Umgehungen von Schutzvorrichtungen oder Unterstützungshandlungen hierzu liegt ein anderer Unrechtsgehalt als bei § 265a StGB vor. § 265a StGB kann für nicht gewerbsmäßige Handlungen einschlägig sein, umfasst aber keine Vorbereitungshandlungen. Das Verbot des Ausspähens von Daten in § 202a StGB kann vom Wortlaut her anwendbar sein, hat aber ein anderes Schutzgut, den persönlichen Lebens- und Geheimnisbereich.

2. Umsetzungsbedarf im Einzelnen

- Artikel 1: Die Zielrichtung des Anwendungsbereiches wurde in den Zweck des Gesetzes aufgenommen, soweit es um die materielle Regelung geht.
- Artikel 2 ist durch Umsetzung der notwendigen Definitionen in deutsches Recht umzusetzen. Im deutschen Recht sind Dienste der Informationsgesellschaft als Tele- bzw. Mediendienste gesetzlich geregelt. Auf diese Begriffe ist daher abzustellen.
- Artikel 3 ist nicht gesondert umzusetzen, da der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr der Regelfall ist und nur unter den im EG-Vertrag genannten Ausnahmen eingeschränkt werden kann.
- Artikel 4 ist durch die Übernahme des Verbotes umzusetzen.
- Artikel 5 ist durch die Schaffung von wirksamen, abschreckenden und der potentiellen Wirkung der Zuwiderhandlung entsprechende Sanktionen umzusetzen. Dafür wurden Straf- und Bußgeldvorschriften geschaffen. Prozessuale Regelungen waren nicht umzusetzen, da die üblichen Mittel nach Schaffung der materiell- und strafrechtlichen Voraussetzungen zur wirksamen Durchsetzung der Ansprüche ausreichen.
- Artikel 6 regelt die Förmlichkeiten der Umsetzung (Frist, Bezugnahme, Mitteilung). Eine Umsetzung im Gesetz ist nicht erforderlich.
- Artikel 7 regelt die Berichterstattungs- und Überprüfungspflicht der Kommission. Die Kommission legt spätestens drei Jahre nach dem Inkrafttreten dieser Richtlinie und anschließend alle zwei Jahre dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Wirtschafts- und Sozialausschuss einen Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie vor und unterbreitet gegebenenfalls Vorschläge zu ihrer Anpassung nach Maßgabe der technologischen und wirtschaftlichen Entwicklung und der von ihr vorgenommenen Konsultationen.

III. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz ergibt sich aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 11 Grundgesetz. Die Regelung steht in engem Zusammenhang mit Vorschriften aus dem BGB und dem StGB, die mit dem Gesetz ergänzt werden. Die Regelung durch Bundesgesetz ist deshalb zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich (Artikel 72 Abs. 2 GG).

IV. Finanzielle Auswirkungen

Das Gesetz stellt die zivil- und strafrechtlichen Rechtsfolgen des Verstoßes gegen den Schutz von Zugangskontrolldiensten klar. Finanzielle Mehrbelastungen der Wirtschaft und der öffentlichen Haushalte sind durch das ZKDSG nicht zu erwarten.

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Gesetz zum Schutz von Zugangskontrolldiensten)

Zu § 1 (Zweck des Gesetzes)

Es ist davon auszugehen, dass in Deutschland Rundfunkangebote, Informations- und Kommunikationsdienste zunehmend in einer unverständlichen Form (z. B. verschlüsselt) übertragen und beim Nutzer von einem Zugangskontrolldienst entschlüsselt werden, um sicherzustellen, dass nur zahlende Nutzer diese Dienste in verständlicher Form nutzen können. Auch in den jüngst verkauften Kabelnetzen werden voraussichtlich Pay-TV und ähnliche Dienste über-

tragen werden. Diese Dienste müssen gegen das kostenlose Erschleichen der Nutzung gesichert werden. Der Gesetzentwurf zielt auf die notwendigen Vorschriften hierzu ab, indem er unerlaubte gewerbsmäßige Maßnahmen zur Umgehung der Schutzvorrichtungen für zugangskontrollierte Dienste sowie bestimmte Unterstützungshandlungen verbietet. Eine gesetzliche, straf- und bußgeldbewehrte Regelung ist erforderlich, da die Werkzeuge zur Umgehung für zahlungsunwillige Nutzer immer leichter zugänglich und immer einfacher zu bedienen sind. So gibt es ein umfangreiches Softwareangebot zum Knacken von Verschlüsselungen im Internet.

Das Gesetz trifft keine materiellen Regelungen für die Dienste selber, sondern regelt nur Sanktionen im Fall der gewerbsmäßigen Umgehung von Schutzmaßnahmen. Es berührt daher nicht die Regelungen der Länder im Bereich des Rundfunk- und Medienrechts. Materielles Landesrecht ist insoweit nicht berührt. Zugangskontrolldienste sind zulassungsfrei und können frei gehandelt werden. Auch Zugangskontrolldienste aus dem Ausland sind geschützt.

Das ZKDSG greift nicht den noch zu schaffenden Regelungen, wie sie Artikel 6 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft fordert, vor.

Zu § 2 (Begriffsbestimmungen)

Das Gesetz ist technisch neutral formuliert und gilt daher unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Zugangskontrolldienstes oder der Umgehungsvorrichtung.

Zu § 2 Nr. 1

Zugangskontrollierte Dienste sind Tele- und Mediendienste sowie Rundfunkdarbietungen, die unter der Voraussetzung eines Entgelts übertragen werden und nur unter Verwendung eines Zugangskontrolldienstes genutzt werden können. Mit dem Begriff der Nutzung wird die Richtlinienformulierung des Zugangs „in verständlicher Form“ umgesetzt. Es wird klargestellt, dass es auf die Entschlüsselung und nicht auf den Zugang zum verschlüsselten Signal ankommt.

Die Regelung erfasst verschlüsselt übertragene Rundfunksendungen (Pay-TV) ebenso wie verschlüsselt im Internet bereit gehaltene Mediendienste (z. B. das entgeltliche Angebot von Near Video On Demand) und verschlüsselt im Internet bereit gehaltene Teledienste (z. B. entgeltliche Computerspiele, bei denen mehrere Teilnehmer über das Internet miteinander spielen).

Schutzgut des Gesetzes sind Inhaltsdienste, die verschlüsselt werden, um das Erzielen eines Entgelts zu ermöglichen. Dabei werden sowohl Dienste umfasst, die im direkten Austauschverhältnis gegen Entgelt erbracht werden, wie auch solche Dienste, bei denen ein Entgelt erbracht wurde, auch wenn der zugangskontrollierte Dienst selber kostenlos angeboten wird. Dies ist z. B. der Fall beim kostenlosen Angebot von zusätzlichen, nicht auf einem Tonträger erschienenen Musikaufnahmen (Bonus-Tracks) eines Künstlers zum Herunterladen aus dem Internet, wobei der Zugang zu dem Angebot nur für die Inhaber der Original-CD des Künstlers freigeschaltet wird.

Nicht erfasst werden Dienste, die aus Sicherheitsaspekten (Vertraulichkeit bei GSM) oder aus Authentifizierungsgründen (z. B. verschlüsselte Nachrichten der elektronischen Post) verschlüsselt übertragen werden, und der bloße Kopierschutz bei Dateien. Da sich aus der Definition des zugangskontrollierten Dienstes die Tatsache der Vermittlung in unverständlicher Form ergibt, ist eine separate Definition der Zugangskontrolle wie in Artikel 2b RL als „jede technische Maßnahme und/oder Vorrichtung, die den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form von einer vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig macht“, nicht notwendig.

Zu § 2 Nr. 2

„Zugangskontrolldienste“ sind technische Verfahren oder Vorrichtungen, die die erlaubte Nutzung des Angebots ermöglichen. Dazu muss das unverständliche (z. B. verschlüsselte) Angebot wieder in verständliche Form gebracht werden (z. B. entschlüsselt werden). Dies bewerkstelligt z. B. ein Decoder. Hierbei sind nicht nur Geräte (Hardwarelösungen), sondern auch andere technische Verfahren (Softwarelösungen) erfasst. Um beides zu erfassen, wird in der Bezeichnung auf die Funktion, den Dienstcharakter der Einrichtung, abgestellt. Der Begriff „Zugangskontrolldienste“ entstammt der Überschrift der Richtlinie. In der Richtlinie selber ist der Begriff nicht definiert. Es ergibt sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang, dass damit der Einsatz einer Zugangskontrollvorrichtung nach Artikel 2c RL gemeint ist.

Zugangskontrollvorrichtungen müssen nicht den aktuellen Stand der Wissenschaft und Technik einhalten, um schutzwürdig zu sein. Wie es auch beim Einbruch nicht darauf ankommt, wie gut das aufgebrochene Schloss in der Tür war, so ist auch hier der Unrechtsgehalt nicht geringer, nur weil der Schutz leichter zu überwinden ist.

Zu § 2 Nr. 3

„Umgehungsvorrichtungen“ machen den Zugangskontrolldienst entbehrlich, indem sie die unerlaubte Nutzung des geschützten Dienstes ermöglichen. Dazu wandeln sie die unverständliche Form des Dienstes in die verständliche Form ohne Verwendung eines Zugangskontrolldienstes um. Hier kommen insbesondere Computerprogramme, die Manipulation von Set-Top-Boxen zur Nutzungserweiterung oder der Bau von neuen Geräten in Betracht. Es genügt, wenn Vorrichtungen unter anderem der Umgehung dienen, da ansonsten die Vorschrift durch Geräte oder Software mit gemischten Funktionen leicht umgangen werden könnte.

Zu § 2 Nr. 4

Die Definition der Absatzförderung ist angelehnt an die Definition der kommerziellen Kommunikation in Artikel 2 Buchstabe f der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie). Sie umfasst alle Arten von Absatzförderungsmaßnahmen, auch nicht gewerbsmäßig vorgenommene. Dies ist notwendig, da gerade der Bereich der nicht gewerbsmäßigen Absatzförderung ein großes Gefährdungspotential für die zugangskontrollierten Dienste birgt.

Zu § 3 (Verbot von gewerbsmäßigen Eingriffen in den Schutz des Zugangskontrolldienstes)

Das Verbot erfasst nur die gewerbsmäßige Erbringung der verbotenen Dienstleistungen. „Gewerbsmäßig“ ist die aktuelle Terminologie für „gewerblich“ und daher wie „gewerblich“ in § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG zu verstehen als jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt. Nur vorübergehende Tätigkeiten oder Tätigkeiten, die nicht der Einnahmeerzielung dienen, sind somit ausgenommen. Bei nicht gewerbsmäßigem Verhalten kommt eine Strafbarkeit nach § 265a StGB in Betracht.

Verbotswidrige Handlungen sind die Herstellung, die Einfuhr und die Verbreitung (unabhängig von der zivilrechtlichen Ausgestaltung, erfasst werden z. B. Vermietung, Verkauf) sowie der Besitz, unterstützende Handlungen wie technische Einrichtung, Wartung oder Austausch und die Förderung des Absatzes von Umgehungsvorrichtungen. Verboten ist auch die nicht gewerbsmäßige Absatzförderung, da sich hier besonders im nicht gewerbsmäßigen Bereich ein großes Gefährdungspotential für die zugangskontrollierten Dienste verbirgt.

Zu § 4 (Herausgabe des erlangten Gewinns)

Das ZKDSG ist nach seiner Konzeption Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB für Zugangskontrolldiensteanbieter. Damit gelten die allgemeinen Schadensersatzvorschriften des BGB. Mit Umgehungshandlungen erzielter Gewinn ist im Wege der Eingriffskondiktion herauszugeben. Ein Bereicherungsausgleich über die Eingriffskondiktion findet statt, wenn der Schuldner sich eine geschützte Rechtsposition des Gläubigers zu eigen macht, deren Nutzen ihm ohne die Gestattung des Rechtsinhabers in rechtmäßiger Weise nicht zukäme (BGHZ 107, 117). Dies gilt direkt bei den Fällen des § 3 Nr. 1. Bei Verstößen gegen § 3 Nr. 2 und 3 wird nicht in eine dem Zugangskontrolldiensteanbieter eingeräumte Rechtsposition eingegriffen, da Wartung und Bewerbung der Vorrichtungen nicht nur durch den Zugangskontrolldiensteanbieter erfolgen müssen. Da aber auch hier aus präventiven Gründen der Gewinn herausgegeben werden soll, wird eine Anspruchsgrundlage für die Gewinnherausgabe auch für diese Fälle geschaffen. Damit liegt in Erfüllung der Forderung aus Artikel 5 RL ein abschreckender zivilrechtlicher Rechtsbehelf vor.

Zu § 5 (Strafvorschriften)

Der besondere Strafgehalt des gewerbsmäßigen Eingriffs in den Schutz von Zugangskontrolldiensten besteht in der gewerbsmäßigen Vornahme der untersagten Handlungen. Erwägungsgrund 23 der RL weist zwar darauf hin, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen. Eine strafrechtliche Regelung ist jedoch notwendig, um die von der Richtlinie geforderte Wirksamkeit der Abschreckung zu gewährleisten. Bei der Möglichkeit der einfachen Verbreitung von Hackerwerkzeugen wie z. B. Entschlüsselungsprogrammen steht der hohen wirtschaftlichen Bedeutung eines gewerbsmäßigen Eingriffs eine sehr niedrige Hemmschwelle gegenüber. Vor diesen Handlungen schreckt eine bloße Bußgeldvorschrift daher nicht ab.

Was das Strafmaß betrifft, so deckt sich der Unrechtsgehalt weitgehend mit § 265a StGB. § 265a StGB kann für nicht gewerbsmäßige Handlungen einschlägig sein, umfasst aber keine Vorbereitungshandlungen. § 5 umfasst dagegen Handlungen, die Vorbereitungshandlungen für § 265a oder § 202a StGB sein können, die aber zur Gewährleistung der wirksamen Abschreckung selbständig strafbar sein sollen. Dem Charakter der bloßen Vorbereitungshandlung steht der gewerbsmäßige Charakter der Taten gegenüber. Daher ist das Strafmaß bei § 5 wie auch in § 265a StGB auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe festzusetzen.

Zu § 6 (Bußgeldvorschriften)

Unterstützende Handlungen wie technische Einrichtung, Wartung und Austausch von Umgehungsvorrichtungen haben einen minderen Unrechtsgehalt als die Herstellung oder der Vertrieb der Umgehungsvorrichtungen selbst. Daher sind diese Handlungen als Bußgeldtatbestand bewehrt.

Nicht bußgeldbewehrt wird der Verstoß gegen das Verbot der Absatzförderung nach § 3 Nr. 3. Ein Großteil der unter § 3 Nr. 3 verbotenen Tathandlungen ist im Falle der gewerbsmäßigen Vornahme als Beihilfe zu einer Straftat nach § 5 strafbewehrt. Soweit keine gewerbsmäßige Tathandlung in Form einer Beihilfe vorliegt, sind aufgrund des Verbotes in § 3 Nr. 3 die zivilrechtlichen Sanktionen wie Unterlassungsanspruch, Schadensersatz und gegebenenfalls Gewinnherausgabe eröffnet. Somit liegen die nach Artikel 5 RL geforderten wirksamen, abschreckenden und der potentiellen Wirkung der Zuwiderhandlung angemessenen Sanktionen vor.

Auch als Bußgeldtatbestand ausgestaltet wurde der bloße Besitz von Umgehungsvorrichtungen. Im Nebenstrafrecht wird der Besitz von Gegenständen nur dann unter Strafe gestellt, wenn hierdurch der Schutz hochrangiger Rechtsgüter bezweckt wird. So bewehren z. B. Strafvorschriften des Waffenrechts und des Betäubungsmittelrechts den Besitz von Waffen, Munition oder Betäubungsmitteln wegen der damit verbundenen Gefahren für Leben und Gesundheit. § 94 Abs. 1 TKG stellt den Besitz so genannter Minispione unter Strafe, um die Privat- und Intimsphäre des Einzelnen zu schützen. Ein Vergleich mit den aufgeführten Beispielsfällen legt nahe, den Besitz von Gegenständen in den Fällen, in denen lediglich der Schutz von Vermögensinteressen bezweckt wird, nicht mit Strafe zu bedrohen.

Die in § 6 Abs. 1 genannten Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 100 000 Deutsche Mark belegt werden. Damit sind die Sanktionsmaßnahmen ausreichend abschreckend, wie es Artikel 5 RL verlangt. Ob eine Geldbuße bei Verstößen tatsächlich verhängt wird und wie hoch diese ausfällt, ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig.

Zu § 7 (Einziehung)

Um den Schutz des Gesetzes zu gewährleisten, ist es notwendig, Umgehungsvorrichtungen aus dem Verkehr zu ziehen. Nach § 74 Abs. 1 StGB können Produkte der Tat und Tatwerkzeuge eingezogen werden. Auch die Einziehung von Beziehungsgegenständen wird zugelassen. Bei Beziehungsgegenständen handelt es sich um Sachen oder Rechte, die nicht Werkzeuge für die Tat, sondern der notwendige

Gegenstand der Tat selbst, nicht aber deren Produkt sind. Im Hinblick auf § 5 sind die Umgehungseinrichtungen Beziehungsgegenstände, wenn sie verbotswidrig eingeführt oder vertrieben werden.

Zu Artikel 2 (Umstellung von Vorschriften auf Euro)

Artikel 2 enthält die notwendige Änderung des ZKDSG im Hinblick auf die bevorstehende Umstellung von Deutscher Mark auf Euro am 1. Januar 2002.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten)

Artikel 3 regelt in den Sätzen 1 und 2 ein im Hinblick auf die Umstellung auf Euro erforderliches gestuftes Inkrafttreten.

Anlage 2

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 767. Sitzung am 27. September 2001 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. **Zu Artikel 1** (§§ 3, 5, 6 ZKDSG)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren in geeigneter Weise klarzustellen, dass Zugangskontrolldiensteanbieter, die Umgehungsvorrichtungen verwenden, um Zugangskontrolldienste auf ihre Tauglichkeit zu testen bzw. deren Sicherheitsstandards zu verbessern, nicht vom Verbot des § 3 Nr. 1 und 2 ZKDSG und den Straf- und Bußgeldvorschriften in den §§ 5 und 6 ZKDSG erfasst werden.

   Begründung

   In diesen Fällen besteht für ein Verbot und damit auch für eine Bestrafung kein Anlass. Der Bundesrat weist auf die ähnliche Problematik bei Artikel 6 des Entwurfs eines Übereinkommens des Europarates über Datennetzkriminalität (Draft Convention on Cyber-Crime) und die diesbezüglichen Ausführungen in Nummer 76 des Entwurfs eines Erläuternden Berichts hierzu hin.

2. **Zu Artikel 1** (§ 4 ZKDSG)

   In Artikel 1 ist § 4 zu streichen.

   Begründung

   Nach § 4 ZKDSG haben Personen, die gewerbsmäßig die in § 3 ZKDSG aufgezählten Handlungen vornehmen, den erlangten Gewinn an den Zugangskontrolldiensteanbieter herauszugeben. Diese Verpflichtung erfasst unterschiedslos alle Fälle eines Verstoßes gegen § 3 Nr. 1 bis 3 ZKDSG. Danach würde einem Zugangskontrolldiensteanbieter ein Gewinnherausgabeanspruch auch bei solchen verbotswidrigen Tätigkeiten zustehen, die – wie z. B. die Wartung (§ 3 Nr. 2 ZKDSG) oder die Absatzförderung von Umgehungsvorrichtungen (§ 3 Nr. 3 ZKDSG) – nicht unmittelbar in seine geschützte Rechtsposition eingreifen. Das widerspräche nicht nur dem System des deutschen Bereicherungsrechts, das bei der hier in Betracht kommenden bereicherungsrechtlichen Eingriffskondiktion einen Vermögensausgleich nur zulässt, wenn die Vermögensverschiebung unmittelbar zwischen Gläubiger und Schuldner erfolgt ist. Die Regelung führte im Ergebnis auch zu einer Pönalisierung verbotswidrigen Verhaltens mit privatrechtlichen Mitteln, die dem deutschen Zivilrecht fremd ist.

   Der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Schutz der Anbieter von Zugangskontrolldiensten vor Umgehungshandlungen oder deren Vorbereitung rechtfertigt einen solch weit reichenden Systembruch nicht. Er ist entgegen der Begründung auch durch Artikel 5 der Richtlinie nicht geboten. Da das Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist, stellen die dem Zugangskontrolldiensteanbieter schon nach dem allgemeinen Schadensersatzrecht zustehenden Ansprüche einen mit Blick auf die gewünschte Prävention ausreichenden zivilrechtlichen Rechtsbehelf dar. Im Übrigen kann dem Anbieter von Zugangskontrolldiensten daneben in den Fällen des § 3 Nr. 1 ZKDSG noch ein weiterer Anspruch auf Herausgabe des erlangten Vermögensvorteils nach allgemeinem Bereicherungsrecht zustehen.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung äußert sich zur Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

Zu Nummer 1 (Artikel 1 §§ 3, 5, 6 ZKDSG)

Die Bundesregierung hat den Vorschlag geprüft. Die Bundesregierung tritt dem Antrag entgegen. Eine Klarstellung ist nicht erforderlich. Zweck des Gesetzes ist es, zugangskontrollierte Dienste gegen unerlaubte Nutzungen zu schützen. Wenn Zugangskontrolldiensteanbieter Umgehungsvorrichtungen verwenden, um Zugangskontrolldienste auf ihre Tauglichkeit zu testen bzw. deren Sicherheitsstandards zu verbessern, liegt schon kein nach § 3 verbotenes Verhalten vor. Abgesehen davon, dass Tests und Verbesserungen des Sicherheitsstandards zu einem großen Teil schon von den Tathandlungen in den §§ 3, 5 und 6 nicht erfasst werden, beziehen sich diese in einem solchen Fall nicht auf technische Verfahren oder Verfahren, die dazu bestimmt oder angepasst sind, die „unerlaubte“ Nutzung eines zugangskontrollierten Dienstes zu ermöglichen. Auch liegt kein verbotenes Verhalten „zu gewerbsmäßigen Zwecken“ vor. Schließlich liegt auch noch eine Einwilligung der von den §§ 3, 5 und 6 geschützten und verfügungsberechtigten Zugangskontrolldiensteanbieter vor.

Zu Nummer 2 (Artikel 1 § 4 ZKDSG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 13 20, 53003 Bonn, Telefon (02 28) 3 82 08 40, Telefax (02 28) 3 82 08 44
ISSN 0722-8333